

仮保全措置による国際共同体利益の保護可能性

——国際司法裁判所における判例の動向——

李 禎 之

はじめに

一 権利保全という目的の不可欠性

二 被保全権利に関する要件の定式化

(1) 関連性テスト——本案権利と仮保全措置との連結

(2) 蓋然性テスト——本案権利の合理的見込みの存在

おわりに

はじめに

現代国際社会においては、グローバル化の一帰結として国家が単独で自国の安全や国民の福祉を保障することは益々困難になっていくことから、特別の保護に値する国際共同体利益 (community interests) ⁽¹⁾ が存在しているとの信念が共有されつつあるように思われる。こうした変化は、伝統的な国際紛争処理手段である国際司法裁判所 (ICJ) による司法的解決においても、付託される紛争主題が拡大し、平和や人権といった国際共同体利益に関わる事件が増えているという点にみてとることができる。そして、こうした国際社会のグローバル化の影響に対して、国際司法裁判所は「世界法廷」として積極的に対応すべきであり、平和や人権といった国際共同体利益の保護を担うべき

であるとの主張が現れることにそれほど不思議はない。²⁾しかし、こうした立場には、そもそも国際司法裁判所にこうした役割を求めることが妥当な要請といえるのか、そして、裁判所が国際共同体利益の保護に一定の役割を果たし得るとしても、その貢献は無制約ではあり得ないため、どこにその限界を見いだせるのか、など解決すべき問題も多く見受けられるように思われる。

そこで本稿では、国際司法裁判所の仮保全措置を取り上げて、同手続による国際共同体利益の保護可能性とその限界を明らかにしたいと考える。ここで仮保全措置に着目するのは、国家や裁判所は国際共同体利益の保護を既存手続の活用によって行っており、仮保全措置はその典型例であると考えられているからである。³⁾そして、仮保全措置によって国際共同体利益を保護しようとする際に生じ得る問題は、国際司法裁判所規程（以下、規程）四一条との関連で整理すると、以下の二点に収斂するといえる。

まず第一の問題は、仮保全措置の目的に関わる。規程四一条は「裁判所は、事情によって必要と認めるときは、各当事者のそれぞれの権利を保全するためにとられるべき暫定措置を指示する権限を有する」と規定するため、⁴⁾仮保全措置の目的が「権利保全」に限定されるのかどうかが問題となる。この問題についてベンジンは、国際裁判における仮保全措置が伝統的に訴訟当事国の権利を保護する役割を担ってきた事実を認めつつも、近年の国際司法裁判所判例は権利保全という制約を緩和してきたという。⁵⁾そして、「裁判所は紛争の悪化・拡大防止を含むように仮保全措置の目的を次第に拡張してきたのであり、[...]この目標は、平和と安全の維持という国際共同体利益を裁判所の手続に組み入れると言う点で、明らかに『公的秩序』『public order』の性格を持つ」と指摘するのである。⁶⁾それゆえ、本稿の趣旨からは、裁判所が権利保全を目的とせず、国際平和の維持のみを目的として仮保全措置を指示することが許されるのかどうかを検討することが必要になると思われる。

第二に、国際共同体利益を保護する仮保全措置は、その指示要件に関連して問題が生じ得る。規程四一条は、仮

保全措置が「事情によって必要と認めるとき」に指示できると規定しており、仮保全措置を指示するために満たすべき要件は全てこの「事情」の解釈に帰着する。⁽⁷⁾ 実際、仮保全措置の指示を正当化する事情が存在するか否かは裁判所の広範な裁量のもと個別に判断されてきたのであり、判例によると、①「一応の (*prima facie*) 管轄権」の存在、②回復不能な損害の存在、③事態の緊急性の三つが要件として確立してきたと理解されている。こうした指示要件に関連して、酒井啓亘は近年の傾向を「仮保全措置が指示される際の目的が、厳密には当事者の特定の権利保全を対象とはしないように見える事例が最近では多く見受けられるようになってい」と指摘する。⁽⁹⁾ そして、この傾向は「形式主義的な『当事者の権利保全』により本案手続に係留された仮保全手続が、紛争全体の内実を考慮した包括的アプローチをとることによりそのくびきを離れ独立手続化へと向かう方向とパラレルとなって」おり、「国際司法裁判所の仮保全措置の『独立手続化』(あるいは仮保全措置の『暫定措置化』——ここでは文字通り権利の『保全』が消え、暫定性が強調される——)は、形式主義的な『当事者の権利保全』をフィクションとして維持しながら、国際社会の一般利益や共同体としての価値を問題の紛争処理過程に導入し実質化する」と評価するのである。⁽¹⁰⁾ しかしながら、裁判所が司法機関として果たし得る役割は、当事者の権利義務関係(事件の争点たる権利義務)を明確にすることで紛争を処理することにあるといわなければならない。この点にこそ、訴訟当事者は抗争(*conflict*)を司法手続に適するよう当事者間の権利義務関係として構成された紛争(*dispute*)として提示しなければならぬという実質的論拠が存するのである。したがって、国際共同体利益の保護に親和的な「暫定措置化」が許容され得るのかどうかを見極めるために、要件に関する近年の判例動向を「当事者の権利保全」という観点から再検討しておく必要があると考える。

以上の問題について、本稿では仮保全措置が権利保全の手続であるという視点に立ちつつ、近年の判例を分析していくことにする。まず第一章では、紛争の悪化又は拡大防止が仮保全措置を指示するための独立した根拠となり

得るのかどうかを検討し、権利保全という目的が仮保全措置には不可欠であることを確認する。次に、近年の判例において被保全権利に関する要件（関連性テストおよび蓋然性テスト）が定式化されていることを明らかにし、こうした要件が国際共同体利益を保護する仮保全措置に対する制約となり得ることを指摘する（第二章）。以上を通じて、国際司法裁判所による仮保全措置の判例動向を明らかにし、最後にそれを国際法秩序とも関連付けて評価することにした。

一 権利保全という目的の不可欠性

規程四一条によると、仮保全措置は「各当事者のそれぞれの権利を保全するために」とられなければならない。ここから、仮保全措置の目的が「権利保全」にあることは明らかであり、判例上もこのことは繰り返し確認されてきた。⁽¹¹⁾しかし同時に、裁判所が紛争の悪化又は拡大を防止するための措置を指示してきたこともまた確認できる事実である。⁽¹²⁾こうした判例から、権利保全のみならず、紛争の悪化・拡大防止を目的とした仮保全措置の指示権限をも裁判所が有していることは確立していると解されるが、その権限が紛争の悪化・拡大防止を唯一の目的とした仮保全措置の指示まで許容するのかは必ずしも詳らかにされてこなかったといえる。したがって、もし裁判所が当事者の権利保全とは無関係にこの種の措置を指示することができるのであれば、⁽¹³⁾そうした仮保全措置は平和という国際共同体利益の保護に直接的に関わり得ると位置付けることができるように思われる。

この問題はエーゲ海大陸棚事件において原告（ギリシア）により提起されていたが、裁判所は「紛争の悪化又は拡大防止措置の」要請を受理する前に、裁判所は、規程四一条に基づいて、そうした目的「紛争の悪化又は拡大の防止」を持った仮保全措置を指示する独立の権限「an independent power」を有するのかどうかを決定しなければ

ならない」と指摘しつつも、結局、本件では裁判所が安保理決議の存在と当事者の意向を理由として同問題の検討を避けたのであった。⁽¹⁵⁾しかし、国境紛争事件に至って、裁判所は次のように述べて、当事国の仮保全措置請求に依存しない紛争悪化防止型の仮保全措置を認めたといえる。

当事国によって提示された仮保全措置請求とは関係なく「[independamment]」、裁判所、したがって小法廷は、規程四一条に基づき、状況により必要であると認める場合には、紛争の悪化又は拡大を防止するための仮保全措置を指示する権限を有する。⁽¹⁶⁾

そして、陸地海洋境界事件において全員法廷は上記の国境紛争事件とほぼ同様の立場を採用したが、若干の修正を加えたように思われる。

当事国によって特定の権利保全のために提示された仮保全措置請求とは関係なく、裁判所は、規程四一条に基づき、状況により必要であると認める場合には、紛争の悪化又は拡大を防止するための仮保全措置を指示する権限を有する。⁽¹⁷⁾

国境紛争事件の定式が「当事者要請からの独立性」(裁判所規則七五条二項を参照)のみを念頭に置いているのに対して、陸地海洋境界事件における定式は「特定の権利保全からの独立性」に重点を置いていることは明らかであるように思われる。⁽¹⁸⁾この陸地海洋境界事件で採用された定式は、コンゴ領域武力活動事件(二〇〇〇年)でも踏襲されており、同命令の主文第一パラグラフにおいて裁判所は、他方当事者の権利を害するかもしれない、もしくは紛争を悪化又は拡大させるかもしれない行動を慎むよう両当事者に命じている。⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾

また、フランスにおける刑事手続事件では、緊急性の欠如を認定した（つまり、権利保全型の措置を却下した）後に、上記定式に言及し、紛争悪化防止措置の必要性を敢えて否認している。⁽²¹⁾ 国境紛争事件の定式に依拠することで、「権利保全を目的とした仮保全措置が指示されない場合でも紛争悪化防止のために措置を指示し得る」との主張が裁判所内でもなされてきたことに鑑みると、こうした判断は、本件においては如何なる措置も却下されるべきことを慎重に判断したといえるかもしれない。しかし同時に、権利保全型の措置とは別途に同定式へ言及したことが、紛争悪化防止措置が独立性を有することの証左と解される余地を残したこともまた否定できないところである。実際、ロゼンヌはフランスにおける刑事手続事件で「裁判所は判例上明らかにされてこなかった問題を確定する機会を持った」と述べて、同事件における上記定式への言及を「裁判所が自らを国連の平和維持機能へと統合しようとしている現れ」と評価しているのである。⁽²³⁾

しかし、こうした見解は規程四一条の拡張的な解釈を基礎としており、判例上も積極的な根拠付けを見出すことは困難といわざるを得ない。むしろ、パルプ工場事件（ウルグアイ申請。二〇〇七年）において裁判所は、紛争の悪化防止措置を権利保全型の措置から独立した形で指示することを認めない立場を示したように思われる。

本件においてウルグアイは、パルプ工場建設を終了させるためにアルゼンチン住民がウルグアイ河に架かる橋と道路を封鎖しており、アルゼンチン政府も当該封鎖を止めさせる措置をとっていないとして、アルゼンチンに対して、両国間の通行妨害を防止し終了させるために合理的で適切なあらゆる手段をとるべきこと（第一仮保全措置）、そして、アルゼンチンが本紛争を悪化又は拡大させる措置をとってはならないこと（第二仮保全措置）を要請していた。⁽²⁴⁾ この第二仮保全措置に関連して裁判所は、判例上、紛争の悪化・拡大防止を命じる仮保全措置を指示した全ての事件において、権利保全型の仮保全措置も同時に指示されてきたと指摘している。⁽²⁵⁾ このように指摘することによって裁判所は、紛争悪化防止措置のみが独立に指示されてきたことはなく、特定の権利を保全する措置が指示さ

れる場合にのみ、紛争悪化防止措置も指示され得るとの方向へと自らの判例を統一しようとしているように思われる。⁽²⁶⁾

確かに、裁判所は「現時点では、両国間の橋と道路の封鎖の帰結として、ウルグアイの権利に対して回復不能の損害の急迫した危険が存在しているとは認定されない。それゆえ、裁判所はウルグアイの第一、仮保全請求を指示するため、要件が満たされていない以上、封鎖それ自体は第二仮保全措置の指示を正当化しないと考える」と述べているため、紛争悪化防止措置の独立性を解釈上許容し得る曖昧さが残されている。なぜなら、上記理由付けは、紛争悪化防止措置が認められない理由を第一仮保全措置請求と同様に「回復不能な損害の急迫性」欠如によると理解することも可能であり、事実、バーゲンソール判事はそのように解釈しているからである。⁽²⁷⁾

しかし、国境地帯におけるニカラグアの活動事件での判断により、バーゲンソール判事のような解釈は、もはや許容されないように思われる。本件は、サンファン河流域の係争地帯におけるニカラグアの活動（軍隊の進駐、浚渫作業、および運河建設）が領域主権侵害および環境損害を発生させているとしてコスタリカが提訴した事件であり、コスタリカは仮保全措置として、ニカラグアがボルティロス島を含む地域において軍隊等の駐留、運河建設、伐木や土壌等の除去、堆積物の投棄をしないこと（第二仮保全措置）、サンファン河の浚渫計画を中止すること（第三仮保全措置）、そして紛争を拡大・悪化させる行動を慎むこと（第三仮保全措置）を求めた。⁽²⁸⁾ 裁判所は第三仮保全措置について、本案権利を保全する措置を補完する限りにおいて本案権利との関連性を認め、紛争悪化防止措置は特定の権利保全を補完する措置（complementary measures）である、とその位置付けを明確に示したのである。⁽²⁹⁾

つまり、裁判所は紛争悪化防止を権利保全に付随するものと捉えているのであり、権利保全から独立した形で紛争悪化防止を目的とした仮保全措置を指示することは認められないことが本件で確定したように思われる。

以上みてきた近年の判例からは、紛争悪化防止措置は訴訟における「特定権利の保全」に関わり得る限りで許容

されるのであり、「権利保全」は規程四一条における仮保全措置に不可欠の目的であると解される。したがって、国際司法裁判所は、紛争の悪化防止を唯一の目的とした仮保全措置を指示することによって国際共同体利益の保護に貢献することはできない、と結論付けられる⁽³⁴⁾。

二 被保全権利に関する要件の定式化

前章で確認したように、規程四一条における仮保全措置は「権利の保全」を不可欠の目的とする。同条は保全の対象となる「権利」について何も述べてはいないが、「保全」の措置であるとの用語からは、被保全権利は「本案訴訟の対象たる権利」であり、当事者が本案判決によって確認されることを望んでいる権利を指していると論理的には考えられる⁽³⁵⁾。この点は判例上も、漁業管轄権事件における「訴訟手続における紛争の主題をなす権利に対して回復不能な損害が生じてはならない」との指摘や、ジェノサイド条約適用事件（第一仮保全措置命令）における「裁判所は仮保全措置によって原告ないし被告に属すると裁判所が後に宣告するであろう権利の保全に関与しなければならぬ」との指摘から確認できるといえる⁽³⁶⁾。

そうであるならば、実体的な観点からは、仮保全措置により保全される権利を申請国が特定すべきであると考え⁽³⁸⁾ることは論理的に自然であるように思われる。仮保全措置申請国が管轄権が存在すると信じる権利を主張しない限り、裁判所は当該権利を基礎づける「一応の管轄権」を審査しないとされていることから、被保全権利の特定を申請国の負担と考えることには合理性があると考えられるであろう。他方、手続的な観点からは、当事者は「保全されるべき権利（the rights to be protected）」を必ずしも特定していなくともよいといわれる⁽³⁹⁾。この考え方は、被保全権利の特定に関する規定が裁判所規則から削除されたことを根拠にしており、ロゼンヌはこの削除を「事情に

よって必要と認めるとき』という規程の文言に手続を則したものにすると評価する。⁽⁴¹⁾ オエラーズフレームも「この改正は、形式的定義が常に有用な訳ではないということ、そして、裁判所は紛争全体の内実の観点から仮保全措置の指示を評価しなければならない」との帰結であるように思われる」と指摘しており、付託された紛争全体の内実を考慮した上で仮保全措置を指示すべき事情の存否を認定してきた裁判所の実行に鑑みて、被保全権利の特定は不要とされてきたと考えられている（包括的アプローチ）。⁽⁴³⁾

しかし、近年の判例は包括的アプローチとは必ずしも合致しない傾向を示しており、裁判所は仮保全措置の指示要件を被保全権利の観点から定式化しているように思われる。つまり、先の論者達の指摘とは裏腹に、「被保全権利」に関する考慮が仮保全措置指示の要否を判断するに際して独立の役割を果たすようになっていたのである。こうした傾向は、国際共同体利益が仮保全措置によって保護されるためには訴訟当事者たる個別国家の権利として構成されなければならないことを示しているとも考えられる。そこで以下では、仮保全措置により保全される権利に関わる要件として、関連性テスト（第一節）と蓋然性テスト（第二節）に焦点を当てて近年の判例を分析していく。この分析により、こうした要件が判例上導入されてきたことを明らかにし、これら要件が国際共同体利益を保護する仮保全措置の指示に対する制約として機能し得ることを指摘することにした。

(1) 関連性テスト——本案権利と仮保全措置との連結

仮保全措置の機能は、本案判決までの間、係争権利を保全することにある。しかし、権利は侵害されることはあってもそれだけで消滅するものではないため、厳密には、保全されるのは権利ではなく権利の主題、すなわち、紛争主題が回復不可能に破壊されてしまえば不可能となる権利の現実的な行使といえる。⁽⁴⁴⁾ このギャップ（権利と紛争主題との乖離可能性）ゆえに、本案権利と仮保全措置との連結問題が生じるのであり、仮保全措置によって保護され

る権利は、本案で裁判所が宣明し保護する権利と、例え同一とは言えないとしても、直接に関連していなければならないのである。

事実、裁判所は仮保全措置により保護される権利と本案手続の主題をなす権利との連結を考慮して仮保全措置請求を却下したことがある。一九八九年七月三十一日の仲裁判決事件においてギニアビサオは、本件請求訴状では仲裁判決の有効性の判断を求めているが、仮保全申請はその仲裁判決の対象となった海域における当事国権利の保全を求めるものであった。申請国ギニアビサオは、申請した仮保全措置と本案請求との間に関連性があることを主張したが、裁判所は以下のように述べてこの主張を認めなかったのである。

仮保全措置の主題として主張された権利は、本件本案の訴訟主題をなすものではなく、そのような措置は本裁判所の本
案判決に含まされ得ないものである。⁽⁴⁵⁾

こうした立場は、ジェノサイド条約適用事件（第一仮保全措置命令）においても「管轄権の範囲内で最終的に判決の基礎をなす権利ではない、その他の争われている権利を保護するために仮保全措置を指示すべきではない」という形で、管轄権の観点から確認されているといえる。⁽⁴⁶⁾

従来、こうした関連性テストは係争権利に対する回復不能な損害を評価する際に默示的に考慮されてきたといえるが、近年の判例には、関連性テストを要件として明示的に定式化する傾向をみてとることができる。⁽⁴⁷⁾ そうした傾向の端緒をなしたのは、パルプ工場事件（ウルグアイ申請。二〇〇七年）である。本件では、本訴被告たるウルグアイが請求する仮保全措置がアルゼンチンの提起した本訴本案の「一応の管轄権」の範囲内にある権利の保全を目的としているかどうかが問題となった。そして、この文脈で裁判所は、以下のように関連性テストを一般

的に定式化したのであった。

仮保全措置によって保護することが求められている権利と本案審理の主題との関連性を検討する必要がある [il s'agit d'examiner le lien]⁽⁴⁸⁾

この関連性につき裁判所は、「一九七五年協定に基づいてウルグアイに認められるかもしれないポトニア工場の建設・稼働の権利は、原則として仮保全措置によって保護され得る権利をなしている」のであり、「裁判所が一九七五年協定六〇条に基づいて本案で判断を下すことに対するウルグアイの権利も、アルゼンチンの提起した本案審理の主題と関連性を有しており、原則として仮保全措置によって保護され得るものである」と解釈する⁽⁴⁹⁾。そして、裁判所は「ウルグアイの主張する権利は本案と十分な関連性 [un lien suffisant] を有している」と認定したのであった⁽⁵⁰⁾。本件は、「仮保全措置の被保全権利」と「本案審理の主題」の関連性が求められることを明示に認めた事例と位置付けられるのであり、加えて、関連性の程度として「十分性」という水準に言及している点も注目に値する。しかし、本件における関連性テストの定式については、以下の二点に留意する必要がある。まず第一に、本件において関連性テストが「一応の管轄権」の有無を審査する文脈で言及されていることであり、そして第二点目として、正文（仏文）によると、関連性テストの審査は必ずしも義務的なものと解されないということである⁽⁵²⁾。

これら二点に修正を加えて、関連性テストの定式をより明確化したのが、アペナ判決解釈要請事件における仮保全措置命令であるように思われる。本件において、申請国メキシコは、規程六〇条を援用して二〇〇四年アペナ判決の第一五三項（九）の解釈を裁判所に要請すると同時に、死刑の執行停止を仮保全措置として求めている。裁判所は米国の主張（明白に管轄権を欠くため、メキシコの請求訴状は却下されるべき）を却下した後、関連性テスト

を以下のように定式化した。

仮保全措置によって保護することが求められている権利と裁判所に付託された主たる要請の主題との間に関連性がなければならぬ [a link must therefore be established]⁽⁵³⁾

上記定式を踏まえて裁判所は、本件手続の主題が「二〇〇四年アペナ判決の第一五九項(九)に基づいて米国が負う義務、それ故に対応するメキシコおよびその国民が持つ権利、が有する意味と範囲の解釈」であることを確認し、⁽⁵⁴⁾「メキシコが仮保全措置によって保護を求めている権利は、解釈要請と十分な関連性がある」と認定したのであった。⁽⁵⁵⁾ 本件における定式は、「一応の管轄権」の判断を離れて援用されており、その審査に関して義務的な文言(英文“must”\ 仏文“doit”)が使用されている点で注目される。ただし、本件が規程六〇条に基づく判決解釈の事件であったため、本件の定式が一般的に適用され得るのかどうかは確定されなかったと言わざるを得ない。

そして、人種差別撤廃条約適用事件においてアペナ判決解釈要請事件命令とは同様の定式が採用されたことによって、関連性テストは一般的な適用可能性を持つ要件であることが明らかにされたように思われる。本件において原告グルジアは、人種差別撤廃条約上の義務にロシアが違反していると主張し、同条約二条および五条のもとの権利を保全するため、ロシアの暴力による差別的行為から自国民を保護するための仮保全措置を申請した。裁判所は、人種差別撤廃条約の解釈又は適用に関する紛争主題に「一応の管轄権」が及んでいることを認定した後、以下のように関連性テストを定式化している。

仮保全措置によって保護を求められている権利と本案審理の主題との間に関連性がなければならぬ。⁽⁵⁷⁾

本件における関連性テストの定式は、裁判所が同テストを他の要件（一応の管轄権、回復不能の損害）とは区別される独立の要件として明示的に認めたことを示しているように思われる。なお、この関連性について、ロシアは人種差別撤廃条約の二条も五条も同条約違反を防止する義務を含んでいないため関連性がないと主張したが、⁽⁵⁸⁾裁判所は二条および五条が防止義務を含むかどうかの判断を避けつつも、「グルジアが仮保全措置により保護を求めている権利は、本案と十分な関連性を有している」と認定している。⁽⁵⁹⁾

さらに、引渡又は訴追義務に関する問題事件において、裁判所は定式の文言を修正することによって、仮保全措置と本案との関連性を強化する方向性を示したように思われる。本件は、「前チャド共和国大統領アブレ氏を訴追するセネガルの義務又は刑事訴追のために同氏をベルギーに引渡す義務」に関して、拷問等禁止条約及び慣習国際法を根拠としてベルギーが提訴した事件であり、ベルギーは「セネガル司法当局がアブレ氏を管理・監督下に置くよう権限内のあらゆる措置をとること」を仮保全措置として求めていた。本件仮保全措置申請に対して裁判所は、拷問等禁止条約三〇条による「一応の管轄権」を確認した後、関連性テストを以下のような文言で定式化したのであった。

仮保全措置と本案審理の主題をなす権利との間に関連性がなければならぬ。⁽⁶⁰⁾

この定式は、裁判所が「本案審理の主題」という概念よりも狭い「本案審理の主題をなす権利」に重点を移したことを示しているように思われる。ただし、本件において裁判所は、「アブレ氏の出国は、本案で原告ベルギーに属し得る権利に影響を与える可能性がある [serait susceptible d'affecter]」と述べて緩やかな基準で関連性を認定していることから、⁽⁶¹⁾こうした修正が有する帰結は必ずしも明らかではない。

なお、引渡又は訴追義務に関する問題事件での定式は、国境地帯におけるニカラグアの活動事件でも踏襲されており、⁽⁶²⁾定式としては判例上確立したように思われる。ただし、本件でも、関連性の認定基準は緩やかであり、第一仮保全措置（ポルティロス島全域でニカラグアがいかなる活動も控えること）については、「ポルティロス島においてニカラグアが問題の活動を継続・再開することは、本案でコスタリカに属すると宣告され得る主権に影響を与える可能性がある [would be likely to affect]」⁽⁶³⁾と述べ、第二仮保全措置（サンファン河の浚渫計画を停止すること）についても、「本案でコスタリカに属すると宣告され得る権利が影響を受ける可能性がある [would be affected]」⁽⁶⁴⁾として認定している。

以上、本節の分析からは、関連性テストが「一応の管轄権」や回復不能な損害といった他の確立した要件から区別される独立した要件として確立するに至っている、と結論付けられる。確かに、裁判所は関連性の程度を低水準に設定しているといえるが、同要件の導入および定式化は、仮保全措置が本案権利の保全に向けられることを強調する裁判所の傾向を顕著に示しているように思われる。

(2) 蓋然性テスト——本案権利の合理的見込みの存在

被保全権利に関する要件としては、国内裁判所や欧州司法裁判所 (ECJ) において、「一応有利な事件 (*prima facie case*)」や「確実な権利の外観的基礎 (*fumus boni iuris*)」原則として知られている要件もある。本要件は、原告が少なくとも本案権利の合理的な見込みを有さない限りは、裁判所は仮保全措置を指示すべきでないという内容を持つ要件であり、原告による権利主張の説得力が、仮保全措置の指示を正当化する「事情」の一要素として取り扱われるものである。

国際司法裁判所において、被保全権利（本案権利）の存在を論証する必要があるのかどうかが正面から取り上げ

られたのは、大ベルト海峡通航事件においてである。⁽⁶⁵⁾ この点につき裁判所は、「大ベルトに対するフィンランドの通航権の存在については争い」がなく、「紛争は、この権利の性質と範囲に関わっている」と述べつつ、「そのような争われている権利は、もし裁判所が『事情によって必要と認めるときは』、規程四一条の仮保全措置の指示によって保護されるものである」と判示したのであった。⁽⁶⁶⁾ ここから、本件において裁判所は本案権利の蓋然性が論証される必要性についての立場を必ずしも明らかにしなかった、と考えられる。⁽⁶⁷⁾ 事実、シャハブディーン判事は個別意見において専らこの点のみを取り上げ、「申請国は権利の存在の可能性を一応論証する必要がある」との立場を表明していることから、⁽⁶⁸⁾ 多数意見の立論は被保全権利（本案権利）の存在を論証する必要性についての判断を回避したとみるのが妥当であるように思われる。

この問題について、学説は必ずしも一致している訳ではない。例えば、スツッキは、「裁判所の法は、申請国が「権利の」一応の論拠を示すことを要求しておらず、よって一般に申請国はこの点を論じていない」と言うし、⁽⁶⁹⁾ メリルスも「このようなアプローチは、多くの問題を発生させるだろうし、裁判所によって採られてはこなかった」と指摘する。⁽⁷⁰⁾ つまり、実体的な権利義務関係についての判断は本案での判断事項であるため、仮保全措置段階においてそうした判断をすることは極力避けられてきたというのである。また、本案権利の蓋然性は独立の要件ではなく、他の要件（一応の管轄権、回復不能な損害、緊急性）の判断に含めて考慮されてきたとの指摘もある。例えば、杉原高嶺は、「権利の合理的見込みを仮保全申請の一つの独立した要件とするよりは、むしろ申請認否に関する各裁判官における判断形成の一つの考慮事項にとどめるのが適当であろう。たとえば、権利侵害の緊急性の要件判断のなかに、この権利の合理的存在性を含めて考慮することである。実際、これまでも各裁判官は、暗黙のうちに権利の可能性を含めるかたちで申請認否の判断を行ってきたものと思われる」と述べる。⁽⁷¹⁾ 同様の理解は、パルプ工場事件までの判例を踏まえた研究においても採られており、権利の蓋然性の論証は独立要件ではなく、他の要件の評価

に論理的に結合されてきたと主張されている。⁽⁷²⁾

他方、権利の一応の論証は必要であるとする立場も根強く主張されており、例えば、コリンズは「主張された権利が存在する可能性」[the possibility of the existence of the right claimed]の証明は、すべての法システムに共通であるという。⁽⁷³⁾ サールウエイは「仮保全措置段階では、主張された権利が存在するかどうかの決定はしないが、権利の存在に関して一応の論拠」[prima facie case for their existence]は示されていなければならない」と指摘するし、ロゼンヌも「規程四一条は、主張された権利の存在に関する一応の論拠」[prima facie as to the existence of the rights claimed]について裁判所を納得させるよう申請国に求めている」という。⁽⁷⁴⁾ こうした独立要件性肯定説は、「(本案) 権利の保全」という仮保全措置の目的から同要件が派生すること、つまりは論理的な必然性をその根拠としていると考えられる。

このように定説を見ない中、裁判所においては大ベルト海峡通航事件における判断を契機として、⁽⁷⁵⁾ 本案権利の合理的見込論はその後当事者や個別の判事によって主張され続けることになる。例えば、ロッカビー事件では、被告の英国・米国がともにシャハブディーン判事の個別意見を援用しつつ、「権利は架空であったり、明白に根拠を欠くものであつてはならない」⁽⁷⁷⁾ のであり、「条約上に権利が存在することを単に主張する」[assert]だけでは十分ではない」と主張した。⁽⁷⁸⁾ また、フランスにおける刑事手続事件でも、被告フランスが「原告の請求は最低限の蓋然性」[minimum de vraisemblance]を備えていなければならない」との主張を展開したのであった。⁽⁷⁹⁾ 一切の仮保全措置も拒否されなければならない」との主張を展開したのであった。

そして、パルプ工場事件(アルゼンチン申請。二〇〇六年)においては、本案権利の存在を論証する必要性を被告ウルグアイが主張し、原告アルゼンチンもこれに異議を唱えなかったのである。⁽⁸⁰⁾ さらに、本件においてはベンヌーナ判事とアブラハム判事が、裁判所は本案権利の蓋然性要件を検討すべきであったとの意見を付している点は注目

に値する。まず、ペンヌーナ判事は、アルゼンチンの主張する権利が一見したところ存在するか否かについて、裁判所が判断を下すことに当事国間に合意がみられると指摘し、「裁判所は本件権利の一応の存在を検討すべきであった」と主張した⁽⁸²⁾。また、アブラハム判事は、法的拘束力のある仮保全措置を指示する要件としての *onus boni iuris* は論理必然的 (*un sorte de nécessité logique*) に必要とされると述べ、「裁判所は、当該権利の存在が蓋然性を有する [plausible] ハト」を確認しなければならないと主張する⁽⁸⁴⁾。このように両判事は、命令本文については多数意見に賛成しつつも、仮保全措置の指示には権利の存在の論証が必要だとする立場を採ったのであり、本件における上記二判事の個別意見は後述する多数意見における蓋然性テストの受容にも影響を与えたように思われる。

このように、当事者や個別の判事によって本案権利の合理的見込論は主張されてきたとはいえ、判例上、裁判所(多数意見)はこの問題に対する判断を慎重に避けてきたといわれている。ただし、武力行使の合法性事件仮保全措置命令は、合理的見込論に関わり得る判断をしたと解する余地がある。本件において裁判所は、国家に対する武力行使自体はジェノサイドを構成しないため、ジェノサイドの「意図」を証明するようユーゴスラビア(仮保全措置申請国)に要求したのであり、そうした証明の欠如を理由に一応の管轄権がないと判断して仮保全措置申請を却下したのであった⁽⁸⁶⁾。管轄権は被保全権利(本案権利)の存在や範囲を決定することに関して設定されなければならないことから、管轄権と被保全権利の問題は内在的に関連しているといえるため、本件を「仮保全措置の不指示に関して、本案管轄権の欠如と合理的見込の欠如との境界線上の事件」と位置付けるオエラースフラムの評価も理由がないことではない⁽⁸⁸⁾。しかし、本件での判断はあくまで「一応の管轄権」の文脈でなされたものであり、蓋然性テストを默示的に考慮したといえるかもしれないが、少なくとも蓋然性テストを独立要件として取り扱ったものではない。

ところが、引渡又は訴追義務に関する問題事件の仮保全措置命令において、裁判所は本案権利の蓋然性を独立要

件とする方向にその立場を変更するに至ったように思われる。本命令において裁判所は、権利保全に関わる要件を一般的に定式化する中で、以下のように述べていたのであった。

裁判所の仮保全措置指示権限は、当事国の主張する権利が少なくとも蓋然性を有するように思われる [apparaissent au moins plausibles] 場合にのみ行使されなければならない。⁽⁹⁰⁾

上記の言明は、被保全権利（本案権利）の存在について一応の論証を求めていると解されるのであり、本案権利の蓋然性を独立の要件として明示に定式化したように思われる。⁽⁹¹⁾そして、上記定式は国境地帯におけるニカラグアの活動事件でも踏襲されていることから、少なくとも形式上は本案権利の蓋然性要件が上記の定式をもって確立するに至ったと考えられる。⁽⁹²⁾ただし、裁判所は蓋然性 (plausibility) の判断基準を低い水準に設定しているため、⁽⁹³⁾容易に充足される基準であるならば、そもそも権利の蓋然性を要件とする必要があるのか、といった批判はあり得るだろう。確かに、「不存在が明白ではない」という意味での「*prima facie*」基準は曖昧かつ低水準ではあるが、この基準が全く機能し得ないわけでもない。実際、欧州司法裁判所 (ECJ) では同様の判断基準によって蓋然性要件の未充足による却下がなされているし、⁽⁹⁶⁾また、国際司法裁判所における「一応の (*prima facie*) 管轄権」もその未充足による却下事例が存在している。⁽⁹⁶⁾本案権利の蓋然性の欠如を理由とした却下が未だ存在しない以上、本要件が独立の新たな要件といえるのか現段階で確定的な結論を下すことはできないが、裁判所は訴訟当事者に対して国際法の可能な解釈として構成された権利の提示を要求する傾向にあるということとは確かであろう。このことから、国際共同体利益が仮保全措置により保護されるためには、当該共同体利益が国際法上の国家の権利として構成されていることを要するとの結論を導き出すことができると思われる。

おわりに

近年の仮保全措置の実行から、国際共同体利益の保護に対する国際司法裁判所の積極的な姿勢を見てとることは必ずしも困難なことではない。確かに、当事国の権利保全のみならず紛争悪化の防止をも目的として仮保全措置が指示されたり、当事国自身の権利保全よりも個人の権利や人命の保護を主たる目的にしていると解し得る仮保全措置が命じられていることは、仮保全措置の指示にあたつて平和や人権といった国際共同体利益が考慮されていることを示しているともいえる。⁽⁹⁸⁾ こうした傾向は、国際司法裁判所が「紛争管理」に乗り出していると評価することも可能であろうし、国際法の発展ひいては「地球共同体（“global community”）」の原則形成に寄与している証拠と見られることもできるかもしれない。⁽¹⁰⁰⁾

しかし、裁判所が仮保全措置による国際共同体利益の保護を進展させつつあることが認められるとしても、そうした司法的保護のためには当該国際共同体利益が訴訟当事国の個別的権利として構成されており、その個別的権利が仮保全措置と十分な関連性を持つていなければならない。本稿の分析からは、近年の判例によると、紛争悪化防止措置は特定権利の保全を補完する限りで認められるにすぎないのであり（第一章）、加えて、被保全権利に関する要件（関連性テストおよび蓋然性テスト）が定式化され、仮保全措置の指示に際して独立の要件として評価される傾向にある（第二章）ことが明らかになったといえる。とりわけ、後者の被保全権利に関する要件については、同要件の精緻化によって、裁判所は仮保全措置と本案との関連性を強化しようとしているように思われる。このことは緊急手続である仮保全措置手続を本案手続に近づける危険性を孕むが、他方で、本案との関連性の強化が司法機能の擁護に貢献すると評価することもできるであろう。⁽¹⁰¹⁾ そもそも国際司法裁判所は、司法機能の範囲内においての

み、国際共同体利益の保護を図り得るにすぎない⁽¹⁰⁵⁾。したがって、本案手続に準拠した訴訟当事国間の二辺的な権利義務関係に焦点を当てる形式主義アプローチが仮保全措置において採用されることは、司法政策上、その妥当性を認めることができると考えられるのである⁽¹⁰⁶⁾。こうした権利概念を核とした形式主義アプローチは、グローバル化の一帰結として国際共同体利益が強調される状況においてこそ、司法機能を擁護するために必要とされるように思われる。

この点、約二〇年前になされた以下の指摘は、示唆に富む。

「国際社会の政治的統合の現状に加えて」仮保全措置の散々たる履行状況を考えると、規程四一条における裁量的権限を行使することと裁判所の勇敢さを無駄に誇示するよりも、司法自制を働かせるほうが裁判所にとっては望ましいように思える⁽¹⁰⁷⁾。

今日に至っても仮保全措置の履行状況は二〇年前とさして変わっていない⁽¹⁰⁸⁾。確かに、国際司法裁判所は仮保全措置命令が当事者に対して法的義務を創設することを認めたが、仮保全措置命令を遵守しない当事者に対して、他方当事者がいかなる救済を求め得るのかは必ずしも詳らかではない⁽¹⁰⁹⁾。また、仮保全措置は、規程四一条二項に基づいて安全保障理事会に通告されるが、仮保全措置命令は国連憲章九四条二項にいう「判決」には含まれないと解されている⁽¹¹⁰⁾。つまり、仮保全措置は法的拘束力を有するとはいえず、その執行が手続上で担保されている訳ではない⁽¹¹¹⁾。したがって、仮保全措置が履行されるか否かは、第一義的に仮保全措置の対象国に依存していると言わざるを得ないのであり、仮保全措置の目的を拡大したり、指示要件を緩和することによって国際共同体利益を保護する措置を命じたとしても、そうした仮保全措置にそれほどの実効性は望めないのではなからうか⁽¹¹²⁾。

仮保全措置に対する形式主義的なアプローチは、一種の司法自制と位置付け得るのであり、それは国際法秩序における実体法と手続法との乖離を反映しているともいえる。確かに、「手続法と実体法は絶えざる相互作用の只中にある。時代により、状況にかなった実体法規則が發展し、それが実現するためには手続法規則もまたそれに応じて柔軟に変化しなければならない。」⁽¹⁾しかし、国際共同体利益の出現から生じ得る実体法の変化は、国際司法裁判所における仮保全措置の近年の判例を見る限り手続法に反映しているとは言い難く、国家中心の二面的関係を基礎とする伝統的な国際法の性格が少なくとも手続法に関しては維持され続けていると結論せざるを得ないのである。

〔付記〕 本稿は、平成二一―二三年度科学研究費補助金による研究成果の一部である。

- (1) See Angela Del Vecchio, "Globalization and Its Effect on International Courts and Tribunals", *Law & Practice of International Courts & Tribunals* 5 (2006), p. 1. On community interests, see also Bruno Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", *Recueil des Cours* 250 (1994-VI), pp. 233-234; Santiago Villalpando, "The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law", *European J. L.* 21-2 (2010), pp. 387-419.
- (2) See e.g. Giuliana Ziccardi Capaldo, *The Pillars of Global Law* (2008), pp. 132-133.
- (3) See e.g. Markus Benzing, "Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals", *Law & Practice of International Courts & Tribunals* 5 (2006), pp. 377-379.
- (4) 『官報(号外第三二二号)』(昭和一九年四月二日付)一七頁(強調引用者)。
- (5) Benzing, *supra* note 3, p. 378.
- (6) *Id.*, pp. 378-379.
- (7) See Karin Oellers-Frahm, "Article 41", in Andreas Zimmermann *et al.* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2006), p. 933.
- (8) スツッキは「裁判所の裁量は規程四一条の文言に暗示されてゐる」と指摘してゐる。See Jerzy Sztucki, *Interim Measures*

- in the Hague Court* (1983), p. 102. ロゼンヌもまた「仮保全措置を規律する法の大部分は「司法立法 [Judge made]」に指攝せらるゝ。See also Shabtai Rosemne, *The Law and Practice of the International Court*, 4th Ed., Volume III, Procedure, (2006), p. 1382.
- (9) 酒井啓巨「国際司法裁判所仮保全命令の機能 (一) —— 最近の判例の展開を踏まえて ——」『法学論叢』一六三巻三号 (二〇〇八年) 一七一一〇頁。See also Yoshiyuki Iwamoto (Lee), "The Protection of Human Life Through Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice", *Leiden J.I.L.* 15 (2002), pp. 350-364.
- (10) 酒井「前掲論文」(注九) 二二〇頁。
- (11) See e.g. Fisheries Jurisdiction (UK v. Iceland) (Germany v. Iceland), Interim Protection, Order of 17 August 1972, ICJ Reports 1972, p. 16, para. 21 and p. 34, para. 22; Nuclear Tests (Australia v. France) (New Zealand v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, ICJ Reports 1973, p. 103, para. 20 and p. 139, para. 21; United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (USA v. Iran), Provisional Measures, Order of 15 December 1979, ICJ Reports 1979, p. 19, para. 36; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA), Provisional Measures, Order of 10 May 1984, ICJ Reports 1984, p. 182, para. 32; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Provisional Measures, Order of 8 April 1993, ICJ Reports 1993, p. 19, para. 34.
- (12) See e.g. Nuclear Tests (Australia v. France) (New Zealand v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, ICJ Reports 1973, p. 106 and p. 142; United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (USA v. Iran), Provisional Measures, Order of 15 December 1979, ICJ Reports 1979, p. 21, para. 47 (B); Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA), Provisional Measures, Order of 10 May 1984, ICJ Reports 1984, p. 187, para. 41 (B. 3); Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Provisional Measures, Order of 8 April 1993, ICJ Reports 1993, p. 24, para. 52 B.
- (13) サールウエーは「紛争悪化防止措置は、本質的に「by definition」主張された権利とは無関係である」に指攝せらるゝ。See Hugh Thirlway, "The Law and Procedure in the International Court of Justice 1960-1989 (Part Twelve)", *B. Y. I. L.* 72 (2002), p. 106.
- (14) Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), Interim Protection, Order of 11 September 1976, ICJ Reports 1976,

- p. 12, para. 36.
- (15) *See id.*, p. 14, para. 41.
- (16) Différend frontalier (Burkina Faso/Mali), mesures conservatoires, ordonnance du 10 janvier 1986, CIJ Recueil 1986, p. 9, para. 18. *Voir aussi id.*, pp. 11–12, para. 32 (1) (A).
- (17) Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, mesures conservatoires, ordonnance du 15 mars 1996, CIJ Recueil 1996, pp. 22–23, para. 41 [Nous soulignons].
- (18) *See* Jerzy Sztucki, "Case Concerning Land and Maritime Boundary (Cameroun v. Nigeria) : Provisional Measures, Order of 15 March 1996", *Leiden J. L.* 10 (1997), p. 351.
- (19) *Voir* Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), mesures conservatoires, ordonnance du 1^{er} juillet 2000, CIJ Recueil 2000, p. 128, para. 44.
- (20) *Voir id.*, p. 129, para. 47, 1).
- (21) *Voir* Certaines procédures pénales engagée en France (République du Congo c. France), mesure conservatoire, ordonnance du 17 juin 2003, CIJ Recueil 2003, p. 111, para. 39.
- (22) ロッカビー事件では、反対意見を表明した判事の多くが紛争悪化防止のむを目的とした仮保全措置を指示するに賛成した。See Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. UK), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, ICJ Reports 1992, Dissenting opinion of Judge Bedjaoui, p. 48, paras. 31–32; Dissenting opinion of Judge Ranjeva, pp. 74–77, paras. 9–12; Dissenting opinion of Judge Ajibola, pp. 88–92. また、武力行使の合法性事件では「この管轄権」が欠如していることにより、裁判所は仮保全措置を指示すべきではないとの判断が主張された。Voiir Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, CIJ Recueil 1999, Dissenting opinion of Judge Shi, pp. 207–208; Dissenting opinion of Judge Vereshchetin, p. 209.
- (23) Shabtai Roseme, *Provisional Measures in International Law* (2005), p. 214.
- (24) *Voir* Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2007, CIJ Recueil 2007, p. 7, para. 13 and pp. 14–16, paras. 44–48.
- (25) *Voir id.*, p. 16, para. 49. なお、国境紛争事件の仮保全措置命令は列挙された先例に含まれていない。
- (26) *See* Daniel Müller, "Procedural Developments at the International Court of Justice", *Law & Practice of International*

- Courts & Tribunals* 6 (2007), p. 228. 玉田大「国際司法裁判所 ウルグアイ河のバルブ工場事件(仮保全措置命令二〇〇七年一月二三日)」『岡山大学法学会雑誌』第五七卷一号(二〇〇七年)一八二頁も参照。
- (27) Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2007, CIJ Recueil 2007, p. 16, para. 50 [Nous soulignons].
- (28) 玉田「前掲評釈」(注二六)一八二頁も参照。
- (29) Voir Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2007, CIJ Recueil 2007, pp. 24-25 (Declaration of Judge Burgenhal, paras. 10-11).
- (30) See Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Order of 8 May 2011, (not yet published, the text is available at the Court's website), para. 45.
- (31) See *id.*, para. 62.
- (32) See *id.*, para. 83.
- (33) See Paolo Palchetti, "The Power of the International Court of Justice to Indicate Provisional Measures to prevent the Aggravation of a Dispute", *Leiden J. L.* 21 (2008), pp. 630-637. See also Bernhard Kempen & Zan Hen, "The Practice of the International Court of Justice on Provisional Measures : The Recent Development", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 69-3 (2009), pp. 923-925.
- (34) 本稿では、法的拘束力の点で相違があると考えられる「仮保全措置命令」の理由中になされる「勧告 (recommendations)」が国際共同利益の保護に対して有する機能にについては考察の対象となしなす。したがって「勧告」の評価については、以下の文獻を参照。See pros argument ; Jean d'Aspremont, "The Recommendations made by the International Court of Justice", *I. C. L. Q.* 56 (2008), pp. 185-198 ; cons argument ; Hugh Thirlway, "The Recommendations made by the International Court of Justice : A Sceptical View", *I. C. L. Q.* 58 (2009), pp. 151-162.
- (35) この点では、規程の仏文テキスト (mesures *conservatoires* du droit) ならず語彙を参照。Voir Article 41 du Statut de la Cour internationale de Justice (the French text is available at the Court's website). なお、サールハート博士「補遺 (provisional)」という用語なら同様の結論を導き出す。See Thirlway, *supra* note 13, p. 87.
- (36) Fisheries Jurisdiction (UK v. Iceland) (Germany v. Iceland), Interim Protection, Order of 17 August 1972, ICJ Reports 1972, p. 16, para. 21 and p. 34, para. 22 [emphasis added].
- (37) Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v.

- Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Provisional Measures, Order of 8 April 1993, ICJ Reports 1993, p. 19, para. 34 [emphasis added].
- (38) 日本法における仮処分では、保全すべき権利を疎明しなければならない（民事保全法二三条二項を参照）。
- (39) *Voir* Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (Republique démocratique du Congo c. Rwanda), mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, CIJ Recueil 2002, p. 249, para. 88.
- (40) *See* Article 61(1) of the 1936 and 1946 Rules of Court, renumbered as Article 66(1) of the 1972 Rules of Court. *See also* Article 73(2) of the 1978 Rules of Court (七八年規則では「要請が認められなかった場合に生じ得る結果 [the possible consequences if it is not granted]」に変更された）。
- (41) *Rosene, supra* note 23, p. 72.
- (42) *Oellers-Frahm, supra* note 7, p. 939.
- (43) 酒井「前掲論文」(注九) 二二頁も参照。
- (44) *See* Hugh Thirway, "The Indication of Provisional Measures by the International Court of Justice", in Rudolf Bernhardt (ed.), *Interim Measures Indicated by the International Court* (1994), pp. 7-8. *See also* Oellers-Frahm, *supra* note 7, p. 931. 酒井「前掲論文」(注九) 二二―二四頁も参照。
- (45) *Arbitral Award of 31 July 1989* (Guinea-Bissau v. Senegal), Provisional Measures, Order of 2 March 1990, ICJ Reports 1990, p. 70, para. 26.
- (46) Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Provisional Measures, Order of 8 April, ICJ Reports 1993, p. 19, para. 35.
- (47) 近年の判例においても、例えばフランスにおける刑事手続事件では、仮保全措置（刑事手続の停止）と本案権利（普遍的管轄権不行使に対する権利および裁判免除権）との関連性が、「回復不能の損害」との関連で検討された⁹⁰。 *Voir* Certaines procédures pénales engagée en France (République du Congo c. France), mesure conservatoire, ordonnance du 17 juin 2003, CIJ Recueil 2003, pp. 108-109, paras. 26-29. 玉田大「国際司法裁判所 フランスにおける刑事手続事件（仮保全措置命令二〇〇三年六月十七日）」『岡山大学法学会雑誌』第五五卷二号（二〇〇六年）二〇九―二一一頁も参照。
- (48) *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2007, CIJ Recueil 2007, p. 10, para. 27.
- (49) *Id.*, pp. 10-11, para. 29.

- (50) *Id.*, p. 11, para. 30.
- (51) *Voir id.* 玉田「前掲評釈」(注二六) 一八四頁も参照。
- (52) 命令の英文訳では“the link [...] has to be examined”と訳れているが、同表現は“it is appropriate to examine the link”と訳し得るのであり、英文の文言から関連性テストの義務性を積極的に解するよりは妥当ではなうと考える。
- (53) Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (Mexico v. USA), Provisional Measures, Order of 16 July 2008, ICJ Reports 2008, p. 327, para. 58.
- (54) *See id.*, p. 328, para. 63.
- (55) *Id.*, p. 328, para. 64.
- (56) *Voir Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, CIJ Recueil 2008, p. 388, para. 117.
- (57) *Id.*, pp. 388–389, para. 118.
- (58) *Voir id.*, p. 391, paras. 124–125.
- (59) *Id.*, pp. 391–392, para. 126.
- (60) Questions concernant l'obligation de poursuivre or d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, CIJ Recueil 2009, p. 151, para. 56.
- (61) *Id.*, p. 152, para. 61.
- (62) *See Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Order of 8 May 2011, (not yet published, the text is available at the Court's website), para. 54.
- (63) *Id.*, para. 60.
- (64) *Id.*, para. 61.
- (65) *See Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Order of 29 July, ICJ Reports 1991, p. 17, para. 21.
- (66) *Id.*, p. 17, para. 22.
- (67) ちなみに、杉原高嶺は「要件性が明示されていないことや存在が争われている権利でも仮保全措置の対象となることに鑑み、むしろデนมマークの主張（合理的見込論）に消極的に答えた」と解されると評価している。杉原高嶺『国際司法裁判制度』

- (一九九六年)二八四—二八五頁。
- (68) Passage through the Great Belt, *supra* note 65, p. 36 (Separate opinion of Judge Shahabuddeen). ただし、同判事はフイ
ンランドが同要件を充足していると解する。
- (69) Sztrucki, *supra* note 8, p. 123.
- (70) John G. Merrills, "Interim Measures of Protection in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice",
I.C.L.Q. 44 (1995), p. 114.
- (71) 杉原『前掲書』(注六七)二八五頁。
- (72) Voir Andrea Sacucci, "Fond du litige et indication de mesures conservatoires", *R.G.D.I.P.* 112 (2008), pp. 820-821
et 825.
- (73) Lawrence Collins, "Provisional Measures and Protective Measures in International Litigation", *Recueil des Cours* 234
(1992-III), p. 225.
- (74) Thirlway, *supra* note 13, p. 88.
- (75) Roseme, *supra* note 8, p. 1410. But see Roseme, *supra* note 23, p. 72. (仮保全措置段階では、本案について検討する)
「この段階では、本案について検討する」
- (76) See Christine Gray, "Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark), Provisional Measures, Order of 29 July
1991", *I.C.L.Q.* 42 (1993), p. 708.
- (77) CR 1992/3 (UK, M. Higgins), p. 44.
- (78) CR 1992/4 (USA, M. Schwarz), p. 60.
- (79) CR 2003/21 (France, M. Pellet), p. 25, para. 20.
- (80) CR 2006/47 (Uruguay, M. Condorelli), p. 32, para. 2.
- (81) CR 2006/48 (Argentina, M. Pellet), p. 38, para. 12.
- (82) See Pulp Mills on the River of Uruguay (Argentina v. Uruguay), Provisional Measures, Order of 13 July 2006, ICJ
Reports 2006, pp. 144-145, (Separate opinion of Judge Bennouna, para. 7 and paras. 11-12).
- (83) See *id.*, p. 140 (Separate opinion of Judge Abraham, para. 9).
- (84) See *id.*, p. 141 (Separate opinion of Judge Abraham, para. 11).
- (85) See *id.*, (Separate opinion of Judge Bennouna, p. 146, para. 16; Separate opinion of Judge Abraham, p. 141, para.

13). ベンヌーナ判事は、裁判所に提出された証拠がアルゼンチンの主張する本案権利の一応の存在を立証するには不十分であると評価しており、多数意見の理由付けにも賛成していた。アブラハム判事も、緊急性要件の未充足を理由として却下することには賛成していた。

- (86) *Voir* Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin, CIJ Recueil 1999, p. 138, paras. 40-41.
- (87) *See* Thirlway, *supra* note 13, p. 85.
- (88) Oellers-Frahm, *supra* note 7, p. 938.
- (89) *Voir aussi* Saccucci, *supra* note 72, pp. 821-822.
- (90) Questions concernant l'obligation de poursuivre or d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, CIJ Recueil 2009, p. 151, para. 57.
- (91) 本件命令において蓋然性要件が定式化されたのかについて、学説の評価は必ずしも一致していない。この点、酒井啓巨は、「裁判所は仮保全措置の要件として *jurus boni juris* 要件を採用したように思われる」と評価しているが (Hironobu Sakai, "New Development of the Orders on Provisional Measures by the International Court of Justice," *Japanese Y. I. L.* 52 (2009), p. 263, note 112)。⁷ 他方、*マニエー・オム・ブンスール* は「本件は *jurus boni juris* 要件を採用されていないから」「司法者は本案請求が認められる可能性を示す必要はない」と述べる (Daniel Müller & Affef Ben Mansour, "Procedural Developments at the International Court of Justice," *Law & Practice of International Courts & Tribunals* 8 (2009), p. 499)。⁸
- (92) *See* Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Order of 8 May 2011, (not yet published, the text is available at the Court's website), para. 53. *See also id.*, (Separate opinion of Judge Sepúlveda-Amor, para. 10).
- (93) 「蓋然性 (plausibility)」の判断基準に関する詳細な検討は、別稿を予定しているため本稿では割愛する。
- (94) *See* Merrills, *supra* note 70, p. 115.
- (95) *See* Castillo de la Torre, "Interim Measures in Community Courts: Recent Trends," *Common Market L. R.* 44 (2007), p. 285.
- (96) *Voir* Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin, CIJ Recueil 1999, p. 138, para. 41 et p. 139, para. 45; Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, CIJ Recueil

- 2002, p. 249, para. 89.
- (97) See Kempen & Hen, *supra* note 33, p. 929.
- (98) 訴訟当事者からの申請がなくとも、裁判所は職権により仮保全措置を指示することができる（規則七五条一項）ため、裁判所はこうした職権措置によって国際共同体利益を保護することも可能かもしれない。ただし、未だこうした実行は存在しておらず、規則七五条一項の唯一の適用事例であるラグラン事件も、当事者からの申請はなされており、口頭手続を行わないことを正当化するために同条に依拠したにすぎない。See LaGrand (Germany v. U.S.A.), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, ICJ Reports 1999, pp. 11-15, paras. 6-12, 21 and 26.
- (99) See Roseme, *supra* note 23, pp. 218-220. See also Sakai, *supra* note 91, p. 277.
- (100) See Capaldo, *supra* note 2, pp. 132-133. See also Sakai, *supra* note 91, p. 254.
- (101) 裁判所の司法機能 (judicial function) とは、紛争当事者の法律関係から不明確さを取り除くために法を宣明することであり、裁判所自身が裁判所の司法的一体性の擁護者でなければならぬ。See Northern Cameroons (Cameroon v. U.K.), Preliminary Objections, Judgment of 2 December 1963, ICJ Reports 1963, pp. 29 and 33-34.
- (102) フィッシングモリスは「裁判所は『権利』を保全する機関であって『平和』を保全する機関ではない」と指摘する。See Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. 2, (1986), p. 548.
- (103) 形式主義アプローチが裁判所によって司法政策の一面として利用される点については、Rene-Jean Dupuy, "Formalisme juridique et Cour internationale de Justice", in Jerzy Malarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (1996), p. 401を参照。
- (104) Leo Gross, "Some Observations on Provisional Measures", in Yoram Dinstein (ed.), *International Law at a Time of Perplexity* (1989), p. 317.
- (105) 仮保全措置の履行状況を調査したシミュレーションも「仮保全措置の履行状況は、満足という言うにはほど遠い」と評価している。See Constanze Schulte, *Compliance with Decisions of the International Court of Justice* (2004), p. 402.
- (106) LaGrand (Germany v. U.S.A.), Judgment of 27 June 2001, ICJ Reports 2001, pp. 501-506, paras. 98-110.
- (107) See Maurice Mendelson, "State Responsibility for the Breach of Interim Protection Orders of the International Court of Justice", in Malgosia Fitzmaurice & Dan Sarooshi (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institution* (2004), pp. 38-53.
- (108) See Karin Oellers-Frahm, "Article 94 UN Charter", in Andreas Zimmermann et al. (eds.), *The Statute of the International*

Court of Justice : A Commentary (2006), pp. 162-163.

(109) ただし、憲章九四条二項は、安保理が同条以外の権限に基づいて仮保全措置を執行するような行動をとることを制約するものではない。See Schulte, *supra* note 105, p. 62.

(110) See also Gentian Zyberi, "Provisional Measures of the International Court of Justice in Armed Conflict", *Leiden J.I. L.* 23 (2010), p. 583.

(111) 酒井啓亘「国際司法裁判所仮保全命令の機能(二)・完——最近の判例の展開を踏まえて——」『法学論叢』一六五卷一号(二〇〇九年)三三三頁。